

DOCUMENTACIÓN

LECCIÓN 2. ELEMENTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. SUJETOS DE LA CONTRATACIÓN Y ACTUACIONES PREPARATORIAS

Asignatura: Contratación y medios de las Administraciones Públicas 2009/2010
Universidad Carlos III de Madrid

(Resumen de contenidos)

Tomás de la Quadra-Salcedo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

- 2.1. El órgano de contratación.*
- 2.2. El empresario: capacidad y solvencia.*
- 2.3. Garantías del contrato.*
- 2.4. Modificaciones subjetivas del contrato: Cesión del contrato y subcontratación.*
- 2.5. Actuaciones preparatorias. El expediente de contratación.*

2.1. EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN.

Consideraciones
generales sobre la
determinación del
órgano contratante
en el ámbito del
sector público de
cada Administració

1. La potestad de contratar entraña un poder formidable del sector público del que dependen en buena medida una serie de empresas. Si la contratación pública representa más del 15% del PIB comunitario se comprende la importancia que tiene la realización de la contratación de acuerdo con normas de transparencia, igualdad, no discriminación, etc.

Pues bien, un elemento clave a ese respecto es la determinación del órgano u órganos en los que se residencia esa potestad que tanta incidencia tiene en la vida económica. Puede parecer que la determinación del órgano de contratación es una cuestión típica de organización y que, por tanto, debe ser dejada a la autonomía de cada una de las Administraciones públicas sin que el Estado tenga que meterse demasiado en esas cuestiones.

No puede perderse de vista, en todo caso, que el título estatal para abordar la regulación de los contratos es el artículo [149.1.18 CE](#) que sólo le permite al Estado dictar las bases de la materia. Ello explica que en los [artículos](#)

[40 a 42 LCSP](#) establezca los criterios generales que se han de aplicar en todas las entidades del sector público en cuanto a la determinación del órgano de contratación. Criterios generales que en realidad lo que hacen es dejar a la norma legal –o por remisión de ésta a la norma reglamentaria– la determinación de los órganos de contratación. En definitiva, la garantía es la exigencia de Ley o en su caso reglamento, en la determinación del órgano de contratación.

Sin embargo, la propia LCSP actúa de otra forma cuando trata del propio Estado pues en ese caso no tiene por qué limitarse a lo básico, sino que lo regula sin limitaciones. Lo mismo ocurre con las Corporaciones locales respecto de las que, además del título de bases de la contratación, tiene el título de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas dentro del [artículo 149.1.18ª CE](#).

Eso explica que la LCSP en los [artículos 291 a 293](#) y [295 a 299](#) establezca normas específicas a aplicar sólo en la Administración del Estado. Lo mismo ocurre con las Corporaciones locales a las que se dedica la [disposición adicional segunda LCSP](#)¹.

2. La LCSP pretende regular en positivo el ejercicio de la potestad de contratación pretendiendo que la contratación sirva para sus fines normales y estableciendo las previsiones que hagan que la potestad para contratar sirva a su fin de forma que una regulación en positivo de tal potestad conjure el uso torcido de la misma.

La LCSP dedica tres artículos al órgano de contratación dentro del [Título II](#) (las partes en el contrato) del [Libro I](#) –artículos 40 a 42–. Se trata de determinar no ya quién es el ente del sector público que contrata, sino quién es el concreto órgano que dentro de cada Ente tiene la competencia para contratar.

La regla del [artículo 40](#) consiste aquí en ratificar el principio de legalidad en cuanto que el órgano competente para contratar será el que tenga atribuida la competencia por norma de “rango legal o reglamentaria o disposición estatutaria”. Es lógica la remisión a norma reglamentaria o estatutaria (estatutos de entidades

¹ En las Corporaciones Locales la [disposición adicional segunda de la LCSP](#) establece algunas previsiones que tratan de reservar el poder al Alcalde y Presidentes de las Corporaciones en materia de contratación en determinados supuestos, y de garantizar al Pleno de la Corporación los contratos de mayor importancia.

públicas empresariales, etc.) pero no hubiera estado de más una mención a que esas previsiones se hagan de acuerdo con la Ley.

En todo caso se prevé que la competencia puede ser objeto de delegación o desconcentración.

Sobre el órgano de contratación en la LCSP, al margen de lo que luego se verá para el propio Estado –en que la Ley es más concreta –, no se dice mucho más. No obstante contiene dos previsiones novedosas que tienen que ver con el órgano contratante.

La primera consiste en la previsión de un responsable del contrato al que corresponde supervisar la ejecución y dictar las instrucciones necesarias para su correcta realización ([art. 41 LCSP](#)).

La segunda consiste en la obligación para los órganos contratantes de difundir por Internet lo que la LCSP denomina el “perfil del contratante”. En tal perfil además de informaciones relativas a la actividad contractual del órgano contratante se dispone que, en todo caso, deberá publicarse la adjudicación provisional de los contratos.

Además de los contenidos obligatorios que han de incluirse en el perfil del contratante, la inclusión de determinadas informaciones puede permitir flexibilizar trámites o plazos ([art. 175 LCSP](#)) como más adelante se verá.

3. La LCSP establece en el caso de la Administración del Estado y de su sector público, reglas más precisas en el [Título I del Libro V](#), que pueden ser alteradas también mediante las técnicas de delegación o desconcentración, pero si no lo son (o si no hay una norma especial que disponga otra cosa) los órganos de contratación originarios en los Ministerios son los Ministros y los Secretarios de Estado ([art. 291 LCSP](#)).

Es decir, que la LCSP en lo que se refiere a la Administración del Estado sí establece los órganos de contratación, pues aquí no está limitada por el carácter básico de su competencia que sólo opera respecto de las Comunidades Autónomas. También se contienen previsiones específicas en relación con los Organismos Autónomos, Agencias, Entidades públicas empresariales y, en general, todo tipo de entidades públicas estatales.

Una previsión de importancia es la referente a la posibilidad de constituir Juntas de contratación ([art. 291.4](#)) para actuar como órganos de contratación

para obras determinadas que no se consideran importantes; así, por ejemplo, en la LCSP se remite a las obras del [artículo 106.1 b\) y c\)](#) (Obras de reparación simple, restauración o rehabilitación y Obras de conservación y mantenimiento) para establecer la posible competencia de las Juntas de contratación; juntas que no son de constitución obligatoria pero cuya creación está prevista en la LCSP excepcionando la competencia normal de contratación de Ministros y Secretarios de Estado.

Si las previsiones hasta ahora vistas permiten rebajar el nivel del órgano de contratación, hay otras previsiones que, sin cambiar la competencia para contratar, añaden requisitos e intervenciones adicionales. Así se necesita una autorización del Consejo de Ministros para los contratos de cuantía igual o superior a doce millones de euros, entre otros supuestos.

Como mecanismo de asistencia se prevé que los órganos de contratación estén auxiliados por mesas de contratación que serán las que hagan la valoración de las ofertas.

Finalmente debe señalarse la previsión de una Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado con competencia para evacuar consultas, proponer reformas o formular recomendaciones pertinentes.

2.2. EL EMPRESARIO: CAPACIDAD Y SOLVENCIA.

4. La regulación en la LCSP de las condiciones que debe reunir la parte que contrata con el sector público constituye una de las características diferenciales más notables respecto a la regulación civil de los contratos. Como es lógico el sector público no debe contratar con quién no ofrezca garantías de que está en condiciones legales y técnicas de cumplir con sus obligaciones. De ahí la formula que establece el [artículo 43 de la LCSP](#) exigiendo condiciones de aptitud que se mueven en múltiples direcciones y tienen diversas consecuencias: *«Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas».*

En dicho artículo se contienen de forma sintética todas las exigencias que se desarrollan después a lo largo del capítulo; de entre las cuales las más singulares tienen que ver con las prohibiciones de contratar y la clasificación del contratista.

Una condición más debe añadirse: la prohibición de contratar respecto de quienes hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras ([art. 45 LCSP](#)).

5. En cuanto a la capacidad de obrar es una regla general y común a todo contrato, pero que tiene alguna especialidad en el sector público.

Para empezar en relación con las personas jurídicas se recuerda que no pueden ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones no estén comprendidos dentro de los fines, objetos o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos, les sean propios.

En segundo lugar la capacidad ha de ser considerada, en el caso de empresas comunitarias en relación con su legislación propia del país en que estén establecidas.

Finalmente frente a la exigencia de capacidad de las personas jurídicas, y en aras de favorecer la concurrencia, se da una solución a las uniones de empresas que pueden estar interesadas en concurrir conjuntamente a una licitación creando una unión temporal de empresas, que no es necesario constituir formalmente hasta que hayan resultado adjudicatarias ([art. 48 LCSP](#)).

6. La regulación más relevante es, sin duda, la relativa a las prohibiciones de contratar que se establecen desde la misma LCSP y cuya inobservancia determina la nulidad del contrato a tenor del [artículo 32. b\) de la LCSP](#).

El extenso [artículo 49](#) recoge en sus tres números los supuestos concretos que impiden contratar con la Administración que desarrolla a lo largo de sus doce letras, cada una de las cuales contiene varios supuestos por lo que son muchas las prohibiciones de contratar a que se refiere la Ley.

La capacidad de
obrar

Las prohibiciones
de contratar

No se trata aquí de reproducir todos los supuestos que figuran en la LCSP, pero si de señalar cómo tales prohibiciones tienen que ver:

- a) con la falta de honorabilidad de los eventuales empresas contratistas:
 - «*Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente (...)*» ([letra a\) del artículo 49](#)),
 - «*Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales*» ([letra c\) del artículo 49](#)),
 - «*Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 130.1.c o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia (...)*» ([letra e\) del artículo 49](#)).
- b) o con la falta de solvencia:
 - «*Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas*» ([letra b\) del artículo 49](#)).
- c) o con el incumplimiento de obligaciones de tributarias o de pago a la seguridad social no por ser indicativo de falta de solvencia sino por sí mismo («*No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen*») ([letra d\) del artículo 49](#)).
- d) o con conflictos de intereses en relación con la legislación de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos ([letras f\) y g\) del art. 49.1](#)).

- e) o con el incumplimiento de sus obligaciones contractuales con ocasión de un contrato anterior dando lugar a la resolución del contrato o haber retirado su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, etc ([letras a\)-e\) del art.49.2](#)).

La solvencia

7. Con independencia de la capacidad y de las prohibiciones existe la obligación de acreditar y exigir la verificación de la solvencia del licitador. Solvencia que se refiere a varias vertientes: solvencia económica y financiera y profesional o técnica. El requisito de solvencia se sustituye por el de la clasificación del contratista cuando se exija de acuerdo con lo dispuesto en la LCSP ([art. 51.1](#)).

En el caso de que no se exija clasificación, la solvencia en sus distintas vertientes se acredita de acuerdo con las previsiones del los [artículos 64 a 68](#) de la LCSP. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo².

Básicamente se trata de aportar, en función del tipo de solvencia de que se trate, los documentos y relaciones que acrediten las obras o contratos realizados, los técnicos con los que cuenta, las declaraciones de las entidades financieras, las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil, etc.

La LCSP distingue según el tipo de contrato (obras, suministro, servicios y otros contratos) la forma de acreditar la solvencia técnica para cada uno de ellos.

La clasificación del contratista

8. La clasificación del contratista es obligatoria en algunos supuestos como dispone el [artículo 54 de la LCSP](#) para las Administraciones Públicas respecto de los contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros³.

² Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.

³ Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.

Sin embargo para las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública la exigencia de clasificación de los contratistas es facultativa pues el [artículo 54.5](#) prevé que *«podrán exigir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato»*.

En el caso de que se exija la clasificación previa de los contratistas los órganos competentes para hacerla⁴ la adoptan a la vista de la documentación presentada que acredite su solvencia, en los mismos términos que se exige cuando hay que acreditarla caso a caso, salvo que en la clasificación tiene efectos generales que permiten a las empresas concurrir a sucesivas licitaciones para las que el acuerdo de clasificación les haya habilitado por razón del objeto y de la cuantía. A los efectos de clasificar a los contratistas según su aptitud en función de la naturaleza y complejidad de los contratos se dividen éstos en grupos generales y subgrupos ([art. 56.1 LCSP](#)).

La clasificación tiene una vigencia indefinida en tanto se mantengan por el empresario las condiciones y circunstancias en que se basó la concesión, lo que no quita que deba justificarse anualmente la solvencia económica y financiera y cada tres años la solvencia técnica y profesional ([art. 59.1 y 2](#)).

De acuerdo con el [artículo 55.1](#) no será exigible la clasificación a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, ya concurren al contrato aisladamente o integrados en una unión, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia⁵.

La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado acreditará frente a todos los órganos de contratación

⁴ En el Estado son las Comisiones Clasificadoras de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y sus acuerdos tienen eficacia frente a todos los órganos de contratación. En las Comunidades Autónomas los órganos que éstas determinen cuyos acuerdos de clasificación surten efectos únicamente frente a la Comunidad Autónoma que los haya adoptado y las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial.

⁵ No obstante el [artículo 73.1 LCSP](#) dispone que *«los certificados de clasificación o documentos similares que acrediten la inscripción en listas oficiales de empresarios autorizados para contratar establecidas por los Estados miembros de la Unión Europea sientan una presunción de aptitud de los empresarios incluidos en ellas frente a los diferentes órganos de contratación en relación con la no concurrencia de las prohibiciones de contratar a que se refieren las letras a a c y e del apartado 1 del artículo 49 y la posesión de las condiciones de capacidad de obrar y habilitación profesional exigidas por el artículo 43 y las de solvencia a que se refieren las letras b y c del artículo 64, las letras a, b, e g y h del artículo 65, el artículo 66, y las letras a y c a i del artículo 67. Igual valor presuntivo surtirán las certificaciones emitidas por organismos que respondan a las normas europeas de certificación expedidas de conformidad con la legislación del Estado miembro en que esté establecido el empresario»*.

del sector público, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo ([art. 72.1](#)).

La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de una Comunidad Autónoma acreditará idénticas circunstancias a efectos de la contratación con la misma y con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los restantes entes, organismos o entidades del sector público dependientes de una y otras.

2.3. GARANTÍAS DEL CONTRATO.

9. La capacidad de obrar y la acreditación de la solvencia o la clasificación previa de licitador es un requisito para concurrir a la licitación misma, pero no es el único. En efecto para las Administraciones públicas es obligatoria (y para el resto de entidades del sector público que no son Administraciones públicas potestativo) la exigencia de unas garantías en el seno de cada proceso de licitación o en el seno de cada contrato si finalmente resulta adjudicado.

Hay que distinguir, pues, entre la fianza provisional que se presenta al concurrir a la licitación (y que pretende asegurar la seriedad de la oferta de forma que si algún licitador que resulta adjudicatario no formaliza el contrato pierde la fianza⁶) y la fianza definitiva que se presenta al formalizar el contrato y que trata de garantizar las indemnizaciones por daños y perjuicios que puedan derivarse de un incumplimiento de contrato o una mala ejecución del mismo.

El [Título IV del Libro I de la LCSP](#) se dedica a las garantía exigibles en la contratación del sector publico y como se ha dicho más arriba distingue entre

⁶ Se trata de evitar la presentación al concurso sin ánimo alguno de firmar el contrato si se le adjudica y con ello causando perjuicios a la Administración o a otros contratistas que podrían haberse llevado el contrato.

las garantías en los contratos de las Administraciones públicas (capítulo I) y las garantías a prestar en otros contratos del sector público (capítulo II).

Garantía provisional
en contratos de
las Administraciones
Públicas

10. En los contratos de las Administraciones públicas la garantía provisional consiste en el 3% del presupuesto del contrato y responde del mantenimiento de la oferta hasta la adjudicación provisional, si bien para el licitador que ha resultado adjudicatario provisional responde del mantenimiento hasta la adjudicación definitiva. En definitiva la garantía se pierde si el adjudicatario provisional desiste o no formaliza el contrato. O si los licitadores desisten antes de la adjudicación provisional. Tendría, pues, un carácter penitencial o de arras penitenciales según subraya generalmente la doctrina.

Garantía definitiva
en contratos de las
Administraciones
Públicas

11. La garantía definitiva es la que tiene que prestar el licitador que ha resultado adjudicatario del contrato. El importe de la garantía definitiva es del 5% del precio de la adjudicación excluido el IVA, si bien puede acordarse en el pliego de cláusulas en casos especiales que se preste una garantía complementaria que puede ser de hasta un 5% adicional máximo, sin que la garantía total alcance el 10% del precio del contrato.

La garantía definitiva no tiene el carácter penitencial que se atribuye a la provisional y así el [art. 88](#) dispone que la garantía definitiva responde de los siguientes conceptos:

- De las penalidades impuestas al contratista conforme al [artículo 196](#).
- De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.
- De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.
- Además, en el contrato de suministro la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

La garantía se puede prestar en efectivo o valores de la Deuda pública, mediante aval en los términos que establezcan las normas de desarrollo de la LCSP o mediante contrato de seguro de caución. También, si lo prevén los pliegos, mediante retención del precio.

La garantía se presta para cada contrato, pero el artículo 86 deja abierta la posibilidad de que el empresario pueda constituir una garantía global para afianzar las responsabilidades que puedan derivarse de todos los contratos que celebre con una Administración pública o con uno o varios órganos de contratación.

12. Las previsiones anteriores lo son para los contratos que celebren las Administraciones públicas. En el caso de los demás entes del sector público que no son Administraciones públicas los órganos de contratación “podrán exigir” la prestación de garantías. El [artículo 92.2](#) deja al órgano de contratación, en estos casos, la determinación de los distintos aspectos del régimen de las mismas.

2.4. MODIFICACIONES SUBJETIVAS DEL CONTRATO: CESIÓN DEL CONTRATO Y SUBCONTRATACIÓN.

13. Dentro del Libro IV de la LCSP, referido a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos –por tanto, contratos en los que necesariamente está presente una Administración pública–, se regula en su Capítulo VI del Título I –sobre normas generales aplicables a todos los contratos administrativos– la cesión del contrato y el subcontrato.

En los demás contratos que no tengan carácter administrativo (es decir, tanto los privados de las Administraciones públicas como todos los de las demás entidades, organismos etc. del sector público que no sean Administraciones públicas) la cesión del contrato o subcontrato puede ser posible en los términos que fijen los pliegos de condiciones (que acaban siendo parte del contrato mismo) o las normas civiles o mercantiles, pero la LCSP no dedica ningún capítulo al respecto.

Garantías en otros contratos del sector público que no sea de las Administraciones públicas

Cesión de contrato y subcontrato en los contratos administrativos y en los demás contratos

14. Por lo que hace entonces al contrato administrativo (si bien las categorías y conceptos generales sobre cesión y subcontratación son las mismas en todo tipo de contratos) hay que diferenciar entre la cesión del contrato y el subcontrato.

La cesión implica colocar a un tercero en el lugar y posición del adjudicatario inicial. Por el contrario en el subcontrato el adjudicatario sigue presente en la relación contractual y responde de todas sus obligaciones, aunque encargue a un tercero la realización de partes del contrato.

En la cesión del contrato el contratista inicial queda, por el contrario, al margen del contrato y es sustituido por un tercero que continua el contrato. En el subcontrato el contratista inicial, en cambio, sigue respondiendo de la obra aunque partes de ella se ejecuten materialmente por terceros.

La cesión del contrato exige la autorización previa y expresa de la cesión por parte de la Administración contratante y que las cualidades técnicas y personales del adjudicatario no hayan sido determinantes de la adjudicación.

Por otra parte es requisito indispensable que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 % del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. Con ello se trata de evitar, sin duda, la aparición de “mediadores” que no pretendan ejecutar nada, pero juegan, tal vez, con sus cualidades y nombre para llevarse contratos que desde el principio no piensan ejecutar, sino ceder a terceros con todas las anomalías a que ello puede dar lugar.

Igualmente se requiere que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

15. En la regulación actual de la cesión del contrato y el subcontrato, la primera no deja de ser, en cierto modo, una anomalía que la Ley permite, en tanto que el subcontrato no sólo es frecuente y normal, sino que puede decirse, incluso, que la subcontratación puede ser buscada o impuesta por el pliego de condiciones como se ve en el [artículo 210.2 a\).](#)

No obstante no cabe la subcontratación si del contrato se deduce que el

contrato tiene que se ejecutado directamente por el adjudicatario.

La realización del subcontrato debe, antes de celebrarla, ser comunicada por escrito a la Administración justificando la aptitud del subcontratista para realizar la parte objeto del subcontrato.

Los subcontratistas quedan obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato. El subcontrato no desliga al contratista de sus obligaciones que permanecen intactas.

2.5 ACTUACIONES PREPARATORIAS. EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN.

16. Una vez más el [Libro II](#) de la LCSP (que trata sobre la preparación de los contratos) distingue –en dos títulos diferentes– entre la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas ([Título I](#) –artículos 93 a 120–) y la preparación de los contratos de poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas, así como de los contratos subvencionados ([Título II](#), con un solo artículo –[121](#)–). De los contratos de las demás entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores no prevé nada a este respecto.

Como se ve son los contratos de la Administración los que, sobre todo, preocupan en este aspecto al legislador; probablemente porque respecto de los demás de lo que se trata fundamentalmente es de cumplir con las normas europeas que se centran en los aspectos atinentes a la selección del contratista y la adjudicación a que se refiere el siguiente [Libro III de la LCSP](#).

Sin embargo, la preparación del contrato trata, entre otras cosas y en primer lugar, de garantizar la racionalidad y consistencia de la contratación del sector público. En definitiva de garantizar de que el dinero público se gasta en cosas necesarias, en las más necesarias y en la forma más eficiente. Que eso es así se desprende del [artículo 93.1](#) –el primer artículo del Libro II– que señala, respecto de los contratos de las Administraciones públicas, como objetivo del expediente de contratación la motivación de la necesidad a que se refiere el

Consideraciones
generales sobre
la preparación en
todos los contratos
del sector público

[artículo 22](#) de la Ley que es un precepto aplicable a toda la contratación del sector público y no sólo a las Administraciones públicas.

Por tanto la necesidad y la mayor eficiencia en el gasto –obtener los mejores resultados con los menores costes– es principio común a todo el sector público con independencia del sujeto (Administración pública o no) que contrata.

De ahí que pueda parecer poco consistente que al regular las actuaciones preparatorias apenas se regulen las relativas a los poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas (y menos aún los Entes del sector público que no son siquiera poderes adjudicadores) y sólo se centre la Ley en las Administraciones públicas. Ello se debe a que la eficiencia y el respeto a los principios señalados en el Libro I se busca, cuando no estamos antes Administraciones públicas, además de por otras vías que sean compatibles con la propia razón de ser de la creación de organismos y entidades que no son Administraciones públicas, con algunas remisiones al régimen previsto para éstas últimas.

No obstante debe recordarse que los [artículos 25](#) y [26](#) de la LCSP, que son comunes a todos los contratos del sector público, además de establecer el fundamental principio de libertad de pactos ([art. 25](#)), establece también cuáles son los elementos que configuran el contenido mínimo del contrato ([art. 26](#)), “*salvo que ya se encuentren recogidos en los pliegos*”. Y en el número 2 del [artículo 26](#) dispone (sin distinguir entre las distintas entidades del sector público – y por tanto comprendiendo a todas–) que el documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones distintas de las previstos en los pliegos o, de no existir aquellos o de los precisados en el acto de adjudicación de acuerdo con lo actuado en el procedimiento⁷.

En definitiva, que en todos los contratos del sector público deberá realizarse actuaciones preparatorias si bien la LCSP sólo desarrolla con detalle las relativas a las Administraciones públicas y en el [artículo 121](#) realiza algunas remisiones a esa normativa de las Administraciones públicas para los poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas.

⁷ Por su parte, los [artículos 174](#) y [175](#) de la LCSP establecen disposiciones sobre adjudicación de contratos de poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas que, aunque flexibilización de distinta forma los requisitos de selección y adjudicación no los suprimen por lo que las previsiones del procedimiento abierto del artículo 142 (que implican la existencia de información sobre pliegos etc.) deberán cumplirse de un modo u otro.

De lo que no se prevé nada es de las demás Entidades del sector público que ni siquiera son poderes adjudicadores, sin que eso quiera decir que no tengan régimen alguno de preparación, pues el [artículo 176 de la LCSP](#), relativo a la selección y adjudicación de los contratos de estas entidades que no son poderes adjudicadores, les obliga en todo caso a respetar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. También a aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que hacen necesario asegurar la efectividad de tales principios lo que comporta algún tipo de preparación del contrato.

Preparación de los
Contratos de las
Administraciones
Públicas. Normas
generales

17. La pieza básica en la preparación del contrato la constituye el expediente de contratación que se inicia por el órgano de contratación y que culmina con su aprobación por el mismo órgano.

En el expediente se tiene que motivar la necesidad del contrato, como se ha señalado, y al mismo se debe incorporar⁸.

- el pliego de cláusulas administrativas particulares
- el pliego de prescripciones técnicas particulares
- certificado de existencia de crédito y la fiscalización de la intervención
- la justificación del procedimiento y criterios para adjudicar el contrato

Cuando se ha completado el expediente de contratación se aprueba el mismo por resolución motivada del órgano de contratación que dispone, al mismo tiempo, la apertura del procedimiento de adjudicación y que aprueba el gasto.

La LCSP prevé la posibilidad de tramitar el expediente con carácter urgente o para situaciones de emergencia que permiten, entre otras cosas la reducción de los plazos o incluso ordenar la ejecución de las prestaciones en los casos de emergencia.

Como se ha visto uno de los elementos del expediente son los pliegos de cláusulas administrativas⁹ particulares en los que se incluyen los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por la LCSP o sus normas de

⁸ Los contratos menores tienen un régimen especial más liviano de acuerdo con el [artículo 95](#) en relación con el [artículo 122.3](#).

⁹ El adjetivo “administrativas” no alude para nada a la naturaleza administrativa o privada del contrato, sino al hecho de que son cláusulas exclusivamente jurídicas que definen los derechos y obligaciones, por contraposición a las cláusulas técnicas (calidades, materiales, etc.) aunque éstas también obligan en cuanto definen los aspectos técnicos del contrato.

desarrollo.

Esos pliegos, que son objeto de publicidad al anunciar la apertura del procedimiento de selección, integran el contrato mismo junto con la oferta del adjudicatario en los elementos de ésta que concreten las previsiones que han sido objeto de la convocatoria (plazos, precios, variantes si las admiten los pliegos, etc.).

Distintos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares son los pliegos de cláusulas administrativas generales que el Consejo de Ministros, a iniciativa de los Ministerios interesados, y previo dictamen del Consejo de Estado, podrá aprobar para su utilización en los contratos que se celebren por los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales. Tales pliegos generales no eximen de aprobar los pliegos particulares aunque sea asumiendo el contenido de los generales por más que necesariamente deberán concretarse en aquellos las particularidades de cada contrato singular.

En cuanto a los pliegos de condiciones técnicas particulares se refieren a los aspectos técnicos o de definición de calidades, e integran el contrato en cuanto de acuerdo con tales pliegos se exigen las prestaciones contractuales. La LCSP concede especial importancia, de acuerdo con la Directiva, a los pliegos de condiciones técnicas para evitar que con el pretexto de exigencias técnicas supuestamente ineludibles para cada contrato, lo que se busque sea limitar el número de licitadores a aquellos que tienen productos o servicios que responden a las especificaciones que se demandan. Por eso el [artículo 101.2](#) de la LCSP dispone que las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

Por eso mismo las prescripciones técnicas podrán definirse ([art. 101 de la LCSP](#)):

- a) Bien haciendo referencia, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas

elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención o equivalente.

- b) Bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a éstas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales. Los parámetros empleados deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación.
- c) Bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, conforme a lo indicado en el guión anterior, haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con los mismos, a las especificaciones citadas en la letra a.
- d) Bien haciendo referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra a, para ciertas características, y al rendimiento o a las exigencias funcionales mencionados en la letra b), para otras.

Para facilitar la elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas particulares de cada contrato la LCSP prevé también que el Consejo de Ministros pueda aprobar previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa pliegos de prescripciones técnicas generales a los que hayan de ajustarse las Administraciones públicas, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas.

Con independencia de las normas generales sobre preparación de los contratos el [Capítulo II del Libro II](#) contiene normas específicas para los distintos tipos de contratos (obras, servicios, suministros, etc.).

18. En un solo artículo –[el 121](#)– de la LCSP, se trata de la preparación de los contratos de los poderes adjudicadores o de los contratos subvencionados. En dicho artículo se trata, en primer lugar, de los contratos sujetos a regulación

armonizada o de determinados contratos de servicios de cuantía superior a 193.000 €, así como de los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada a los que se aplican –a todos ellos– las previsiones de los artículos 101 a 104 previstos para los contratos de las Administraciones públicas.

En segundo lugar en el [art. 121.2 de la LCSP](#) se trata de los contratos de los poderes adjudicadores de cuantía superior a 50.000 € en los que deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el [artículo 104](#).